

C.P.M. Cleiren\*

4 N.J.M. Kwakman, *Schadecompensatie in het strafprocesrecht* (diss. Groningen), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2003, 470 p.\*\*

Het onderzoek van Kwakman naar schadecompensatie in het strafprocesrecht oriënteert zich in belangrijke mate op de juridische gronden en beginselen die aan schadecompensatie in het algemeen ten grondslag liggen en zouden kunnen liggen, met het oog op een eventuele algemene wettelijke regeling voor schadecompensatie bij rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden. De wettelijke regelingen in het Wetboek van Strafvordering staan daarmee niet centraal in het werk.

De aanleiding voor Kwakmans onderzoek naar schadecompensatie in het strafprocesrecht moet blijken uit de inleiding van het boek worden gezocht in de stand van zaken met betrekking tot het leerstuk 'schadevergoeding na rechtmatig (strafvorderlijk) overheids-optreden'. In de inleiding op het onderzoek verwijst hij allereerst naar de beperkte wettelijke strafvorderlijke regeling. Vergoeding van schade ten gevolge van strafvorderlijk overheids-optreden kent geen algemene regeling in het Wetboek van Strafvordering. Wel bevat dat wetboek enkele bijzondere regelingen in verband met voorlopige hechtenis (artikel 89 e.v. Sv), de proceskostenvergoeding (artikel 591, 591a en 592a Sv) en een kostenvergoedingsregeling (artikel 592 Sv). Daarnaast wijst hij op de diversiteit van wegen waarlangs schadevergoeding wegens strafvorderlijk overheids-optreden kan worden gerealiseerd, naar het aandringen op een brede wettelijke regeling door de Nationale Ombudsman en op de terughoudende rol van de wetgever.

Deze stand van zaken rechtvaardigt inderdaad een diepgaande behandeling van de schadevergoedingsproblematiek. Kortom, een goede keuze op een goed moment.

---

\* Hoogleraar straf(proces)recht Universiteit van Leiden.

\*\* Citeerwijze: C.P.M. Cleiren, 'Boekbespreking' (bespreking van: N.J.M. Kwakman, *Schadecompensatie in het strafprocesrecht* (diss. Groningen), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen), *DD* 2005, 4.

Als theoretische afbakening voor het onderzoek formuleert Kwakman 'het normatieve kader voor strafvorderlijk optreden'. Met zijn uitwerking daarvan legt hij de doelen van het strafproces en de waarden en beginselen die daarbinnen hebben te gelden aan de basis van zijn onderzoek. Zijn formulering daarvan sluit naadloos aan bij die van het onderzoeksproject Strafvordering 2001. Deze uitgangspunten leiden hem rechtstreeks naar de vraag of de rechtsontwikkeling die zich heeft voltrokken via het civiele recht en het bestuursrecht – en die ertoe heeft geleid dat het *égalité*beginsel deel is gaan uitmaken van het normatieve kader voor strafvorderlijk overheidsoptreden – een bevredigende oplossing vormt voor de belangenafweging waar de overheid voor staat in geval van schade ten gevolge van rechtmatig strafvorderlijk optreden.

Het onderzoek bestaat uit 6 delen en vangt aan met de geschiedenis van de schaderegelingen in het Wetboek van Strafvordering (Deel 1). Hij geeft daarin een helder en zeer lezenswaardig overzicht van de argumenten die de wetgever ten grondslag heeft gelegd aan het aanvaarden of het afwijzen van een gehoudenheid tot vergoeding van schade die voortvloeit uit strafvorderlijk overheidsoptreden, dan wel aan het al dan niet in rekening brengen van de kosten van het strafproces.

Aanvankelijk heeft de wetgever zich voor het leerstuk van de schadevergoeding sterk georiënteerd op het traditionele aansprakelijkheidsrecht. Daarmee was schadevergoeding in beginsel gekoppeld aan een onrechtmatig overheidsoptreden, hetgeen schadevergoeding in strafvorderlijke context in vele gevallen uitsluit. In een latere fase komt het accent evenwel te liggen op een publiekrechtelijke belangenafweging, waarin rechtsbeginselen, particuliere belangen en algemene belangen tegen elkaar worden afgewogen om te bepalen of er aanleiding is voor het beginsel van gelijkheid voor publieke lasten en daarmee voor 'schadeverplaatsing'. Van belang voor een goed begrip van de geschiedenis is dat er met het loskomen van het 'civiele' denken ruimte ontstond om het oordeel over toelaatbaarheid van het overheidsoptreden los te koppelen van het oordeel over de toelaatbaarheid van de gevolgen van dat optreden. Voor dat laatste oordeel wilde de overheid meer aspecten in beschouwing kunnen nemen, waaronder eigen schuld, de omvang en aard van de schade, de financiële mogelijkheden van de overheid, etcetera. Door in de wettelijke regeling het billijkheidscriterium op te nemen kunnen alle af te wegen belangen en beginselen die bij dat oordeel een rol moeten spelen

door de rechter worden meegenomen. Daarmee wordt dat oordeel onttrokken aan het bestuur en de politiek. Kwakman stelt daarbij dan ook de kritische vraag of de wetgever zich – gezien de ingrijpendheid van de gevolgen van strafvorderlijk overheidsoptreden voor de individuele burger – wel mag onttrekken aan een ‘voorstructurering’ van dat billijkheidsoordeel. De geschetste lijn en de daaraan verbonden vraag blijken de leiddraad te vormen waarlangs het onderzoek verder zal verlopen.

In Deel 2 werkt de auteur de civielrechtelijke weg naar aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van legitiem overheidsoptreden en de geschiedenis van die ontwikkeling zeer zorgvuldig uit. De constructies die de Hoge Raad heeft ontwikkeld om in die gevallen toch een aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade in het leven te roepen, zijn in zekere zin gekunsteld en worden ook door civilisten verschillend beoordeeld. Zij zijn gezet in de sleutel van de onrechtmatige daad. Voor de toepasbaarheid van deze constructies op het strafprocessueel handelen schuilt de kern van de problematiek in de discrepantie tussen het oordeel over de (on)toelaatbaarheid van het overheidsoptreden en het oordeel over de (on)toelaatbaarheid van de gevolgen daarvan. Dat laatste oordeel kan volgens Kwakman slechts worden gebaseerd op een belangenafweging die de wetgever dient te maken.

In Deel 3 wordt de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling over schadevergoeding wegens rechtmatig overheidsoptreden geschetst en geanalyseerd. De rechtspraak laat zien dat schadevergoeding ook zonder wettelijke basis werd toegekend. Oorspronkelijk op basis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en uiteindelijk uitmondend in het fundamenteel van het *égalité* beginsel. Het belangrijkste bezwaar dat daaraan kleefte, is dat de grondslag daarmee niet meer ligt in een brede publiekrechtelijke belangenafweging, maar in een verenging tot het gelijkheidsbeginsel, waarmee de rol van de wetgever in de belangenafweging zou worden doorkruist. Daarom sluit Kwakman zich op dit punt aan bij de schrijvers die aandringen op een algemene wettelijke regeling van schadevergoeding na rechtmatig overheidsoptreden. Het *égalité* beginsel behoeft dan niet het enige beginsel of argument te zijn waarop de overheid een verplichting tot schadevergoeding krijgt toebedeeld. Andere belangen, waaronder ook financiële belangen van de overheid kunnen dan in het funderen van zo’n verplichting worden meegewogen.

In Deel 4 wordt gezocht naar een model waarmee tegemoet kan worden gekomen aan bezwaren tegen zowel de civielrechtelijke als de bestuursrechtelijke constructies. Los van de theoretische en praktische bezwaren van die constructies bepleit Kwakman ‘ingrijpen’ van de wetgever. Deze keuze baseert hij op de volgende gedachtegang. Het Wetboek van Strafvordering heeft een doel-middelafweging om te kunnen komen tot strafvorderlijk optreden ‘voorgestructureerd’ (doel-middelafweging in abstracto). Indien wordt voldaan aan de voorwaarden en voorschriften moet een inbreuk als rechtmatig worden bestempeld. Desalniettemin kan de schade zo disproportioneel zijn dat schade behoort te worden gecompenseerd. De voorgestructureerde doel-middelafweging uit het wetboek voldoet in die gevallen niet en de criteria waarop vergoeding van schade kan worden gebaseerd moet daarom worden ontleend aan een speciaal daarop toegesneden belangenafweging. De wetgever zou zich daarbij niet afhankelijk moeten maken van civielrechtelijke constructies en zelf de belangen, factoren en overwegingen bepalen die daarin een rol zouden mogen of moeten spelen. Hij is als wetgever – immers niet gebonden aan het égalitébeginsel als grondslag voor schadevergoeding. De grondslag voor de schadecompensatie moet volgen Kwakman worden gezocht in de zorgplicht van de overheid om de onbalans tussen doel en middel te voorkomen of te herstellen en vormt daarmee een modaliteit van het proportionaliteitsbeginsel, een doel-middelafweging in concreto. De wetgever creëert daarmee de mogelijkheid om naast het égalitébeginsel andere factoren ter afweging mee te geven. De bedoelde afweging kan volgens de auteur niet worden losgezien van de context waarbinnen die doel-middelafweging in concreto zal moeten plaatsvinden. Daarom kiest hij er uitdrukkelijk voor een speciaal op de strafprocesrechtelijke context toegespitste algemeen schadevergoedingsregeling te ontwerpen.

In Deel 5 maakt Kwakman een uitstapje naar andere rechtstelsels en verbindt aan zijn bevindingen de conclusie dat de stelsels sterk verschillen en dat bepalingen uit het EVRM en de rechtspraak daaromtrent geen regels geeft, die dwingend voorschrijven hoe met schade door rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden moet worden omgegaan. Er is dan ook geen bezwaar om de eigen tradities en eigen inzichten op dit terrein te volgen.

In Deel 6 staat Kwakman dan ook niets in de weg aan het volgen van de weg van het onderscheid tussen doel-middelafweging in abstracto en doel-middelafweging in concreto en voor te stellen dat

de wetgever zelf de touwtjes in handen moet nemen om een wettelijke regeling te maken, die het (rechter en bestuur) mogelijk maakt om tot schadevergoeding te concluderen zonder een oordeel te hoeven vellen over de (on)rechtmatigheid van het desbetreffende overheids-optreden.

Het betoog is goed geschreven, uitstekend onderbouwd, logisch opgebouwd en vergezeld van een 'omlijsting' die blijk geeft van een uitstekende kennis van en breed inzicht in de strafrechtelijke wetgevingsgeschiedenis en de civielrechtelijke en bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling op het terrein van schadevergoeding. Hij formuleert zijn onderzoeksvragen helder en beantwoordt ze ook. Kwakman geeft een heldere omschrijving van de gebruikte begrippen, formuleert zijn uitgangspunten en houdt zich daar ook aan. Kwakman is er bovendien goed in geslaagd de civiel- en bestuursrechtelijke ontwikkelingen 'op elkaar te leggen' en de consequenties daarvan voor een brede strafvorderlijke regeling bloot te leggen. De conclusie dat de wetgever er niet om heen kan om in de rechtsontwikkeling in te grijpen en zelf het heft in handen te nemen, kan zonder meer voortvloeien uit de gegeven analyses van strafvorderlijke wetgeving en civiele en bestuurlijke rechtspraak en de wijze waarop Kwakman deze op elkaar betreft. Een dergelijke integratieve aanpak verdient groot respect en navolging. Juist vanwege die integratieve benadering is het voor de lezer, maar in het bijzonder voor een gebruiker van het boek, jammer dat een zakenregister ontbreekt.

Ondanks mijn grote waardering voor de kwaliteit van de onderscheiden hoofdstukken had ik na lezing van het gehele werk een licht onbevredigd gevoel, waarvan ik de lezer deelgenoot zou willen maken door een paar aspecten aan te stippen.

Allereerst trof mij dat de aanleiding voor het onderzoek tamelijk beperkt is geformuleerd. Zoals gezegd wijst Kwakman in zijn inleiding en aanleiding tot het onderzoek op de beperkte wettelijke strafvorderlijke regeling, op de diversiteit van wegen waarlangs schadevergoeding wegens strafvorderlijk overheids-optreden kan worden gerealiseerd, op het aandringen op een brede wettelijke regeling door de Nationale Ombudsman en op de terughoudende rol van de wetgever.

Er zijn wat mij betreft evenwel naast de door Kwakman genoemde aspecten nog vele – daarmee samenhangende – andere as-

pecten te noemen die zo'n grondig onderzoek rechtvaardigen. Nu hoeven mijn vragen de zijne niet te zijn, maar de bedoelde aspecten hadden de waarde van het onderzoek kunnen versterken. Een toelichting.

Ik zou allereerst willen wijzen op het aspect van rechtsongelijkheid dat als gevolg van de diverse door Kwakman genoemde wegen kan ontstaan en ook daadwerkelijk bestaat, op de daarmee samenhangende sterkere positie voor een mondige burger om zijn weg in de juridische doolhof te vinden en op de rechtsonzekerheid die de diversiteit aan wegen en de daarbij behorende uitkomsten voor de burger meebrengt. Het gegeven dat een deel van de wegen niet loopt langs de rechter, maar langs (diverse niveaus van) het openbaar ministerie en (diverse niveaus binnen) het ministerie van Justitie, maakt toetsing door de rechter en vergelijking met de jurisprudentie onmogelijk. Een dergelijke stand van zaken is vanuit het perspectief van transparantie van overheidsoptreden en het beperken van willekeur tamelijk beschamend. Het gegeven dat het 'verhalen' van schade door burgers niet is beperkt tot het strafrecht, maar een uiting vormt van een veel breder – in de loop van de geschiedenis verschuivend – maatschappelijk fenomeen geeft naar mijn idee aanleiding om de kwestie van schadecompensatie in het strafprocesrecht niet slechts breed en diepgaand te onderzoeken, maar ook om dat in een breder kader te plaatsen. Deze aspecten worden wél, hoewel soms slechts terloops, in het boek genoemd. Als zij mede als aanleiding waren genomen voor het onderzoek had de probleemstelling wat mij betreft een meer op de rechtsrealiteit georiënteerd en een minder uitsluitend 'juridisch methodologisch en technisch' karakter kunnen krijgen, terwijl dezelfde juridische diepgang van het onderzoek had kunnen worden gerechtvaardigd.

Het voordeel van de werkwijze die Kwakman koos, is dat hij zich als onderzoeker kan beperken en juridisch-normatieve kwesties goeddeels buiten beschouwing kan laten of deze slechts in abstracties hoeft aan te stippen. Voor de wetgever – als potentiële gebruiker van het onderzoek – heeft de werkwijze het voordeel dat er dankzij het onderzoek een schat aan goed geordend materiaal voorhanden is, dat er een juridisch-methodologische weg voor de toekomst wordt aanbevolen, terwijl in de concretisering van die weg alle ruimte bestaat voor eigen normatieve afwegingen door de wetgever. Het nadeel van deze werkwijze is dat de toets aan de in dit verband door mij geme-

moreerde beginselen waaraan recht – ook als het gaat om vergoeding van schade – moet voldoen, zoals verbod van willekeur, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid (in de hier bedoelde zin) niet wordt uitgevoerd in het onderzoek en deze rechtsbeginselen niet als mede sturend voor de denkrichting een plaats hebben gekregen.

De keuze die Kwakman heeft gemaakt is evenwel zeer legitiem. Het kritisch geluid doet dan ook niets af aan mijn grote waardering voor de juridisch en methodologisch gedegen en zorgvuldige wijze waarop Kwakman het onderzoek heeft opgezet en uitgevoerd.

Als tweede punt dat mij trof, wil ik wijzen op het volgende. De keuze voor Kwakman's denkrichting die volledig is georiënteerd op de doelmiddelafweging kwam voor mij als lezer enigszins uit de lucht vallen. De analyse van de civiele en bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling leidde weliswaar tot een heldere diagnose van juridische knelpunten bij schadecompensatie en van de leemten in de fundering van schadevergoeding in het strafproces, maar niet zonder meer tot deze denkrichting die hij aanduidt als een verenigingstheorie. Een en ander roept bij mij de vraag op of Kwakman wel zo diep in het civiel- en bestuursrecht had hoeven duiken om zijn doel te bereiken.

Het derde aspect waarop ik wil wijzen hangt nauw samen met de zojuist gerezen vraag. De strafvorderlijke jurisprudentie rondom de wél in het Wetboek van Strafvordering geregelde schadevergoeding (artikel 89 e.v. Sv, artikel 591, 591a en 592a Sv en artikel 592 Sv), alsmede de ontwikkelingen daarin ontbreken in het werk. Dat verraste, maar belangrijker is dat Kwakman daarmee een aantal belangrijke kwesties die zijn analyse hadden kunnen verrijken, alsmede handvatten voor een brede en algemene wettelijke strafvorderlijke regeling, buiten beschouwing laat.

Hoewel de auteur het normatieve kader voor strafvorderlijk overheidsoptreden schets en als uitgangspunt neemt (Inleiding) en – in lijn daarmee – op diverse plaatsen in het boek aandacht schenkt aan publieke belangen die de achtergrond bepalen van bestuursrechtelijk en strafvorderlijk optreden, schenkt hij niet systematisch aandacht aan de specifieke kenmerken van de strafrechtelijke rechtsbetrekking. Het is naar mijn idee uiterst raadzaam om bij een 'vergelijking' tussen rechtsgebieden met het oog op een oplossing voor een als gevolg van een strafvorderlijke verhouding ontstane schade, de aard van de drie te onderscheiden rechtsgebieden mee te nemen in de ana-

lyses. Aan die wenselijkheid wordt het meest optimaal voldaan door de aard van die rechtsbetrekkingen en de specificiteit ten opzichte van elkaar 'uit te lichten'. Laat ik dit concretiseren door het toe te spitsen op het thema van het boek.

De verdenking (artikel 27 Sv) vormt – in beginsel – de grond voor het aangaan of het ontstaan van de strafrechtelijke rechtsbetrekking en vormt daarmee de basis voor de aanname van een rechtmatige overheidsdaad. Dit uitgangspunt geldt zowel voor de civiele rechter als voor de strafrechter bij de beoordeling van een recht of een aanspraak op schadevergoeding. Bij de constructie van 'onrechtmatigheid-achteraf' heft de civiele rechter de verdenking met terugwerkende kracht op, een correctie die strafvorderlijk gezien niet verdedigbaar is, maar bovendien de grond voor de ontstane rechtsbetrekking onderuithaalt.

Trekt men de consequenties van deze discrepantie door dan valt de keuze van Kwakman voor het loslaten van de band tussen overheidsoptreden en de schade en voor een doel-middelafweging (in concreto) door de wetgever in de toekomst eveneens te verdedigen, maar wél op veel duidelijkere en aan het strafrecht ontleende gronden van publiek belang. Dat belang ligt immers in het bestaan van een verdenking op basis waarvan het overheidsoptreden ten behoeve van waarheidsvinding zonder meer als legitiem doel wordt erkend. Binnen de grenzen van de, op basis van verdenking, ontstane rechtsbetrekking zal strafvorderlijk overheidsoptreden aan de gebruikelijke strafvorderlijke voorwaarden van wet, proportionaliteit en subsidiariteit moeten voldoen. Schade die mogelijk wordt veroorzaakt maakt al 'deel uit' van de rechtsbetrekking en daarmee van die afweging (doel-middelafweging in abstracto). Gebleken onschuld achter heft de rechtsbetrekking niet op (zoals de civiele rechter 'veronderstelt') omdat het daarbij gaat om een ander begrip schuld dan in de verdenking ligt besloten. Op basis van de nog immer bestaande rechtsbetrekking kan een grond voor schadevergoeding worden gevonden in het herstel van het vereiste evenwicht tussen doel en middel (doel-middelafweging in concreto). Daarbij zou het – onder meer ten behoeve van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid – inderdaad wenselijk zijn als de wetgever de keuzes maakt in welke gevallen en onder welke omstandigheden het evenwicht zou moeten hersteld. Schade aan derden vloeit voort uit een rechtsbetrekking waarvan de betrokkene geen deel uitmaakt. De rechtsbetrekking met een derde is daarom van een andere aard en zelf niet gebaseerd op verdenking. Het doel-middelaf-



wegen kan daarom in die verhouding worden afgewogen los van de vraag hoe de strafprocedure ten opzichte van de verdachte afloopt (doel-middelafweging in concreto).

Deze redenering langs de weg van de aard van de rechtsbetrekking en daarmee langs de discrepantie tussen het civiele en het strafrechtelijk schuldoordeel in strafvorderlijke zaken leidt in dezelfde richting als die van Kwakman. Ook dit aspect roept de hierboven reeds gestelde vraag op of Kwakman wel zo diep in het civiel- en bestuursrecht had hoeven duiken om zijn doel te bereiken. De gememooreerde discrepantie tussen het civiele en het strafrechtelijk schuldoordeel in strafvorderlijke zaken wordt uitvoerig uitgewerkt in een zeer helder en lezenswaardig artikel van J.uit Beijerse en N.M. Dane ('Schadevergoeding voor strafvorderlijk overheidsoptreden: de rol van verdenking, verklaringsvrijheid en onschuldpresumtie', in: C.P.M. Cleiren, R.M.G.E. Foqué, J.L.M. Gribnau, R.M. van Male en P.A.M. Mevis (red.), *Voor risico van de overheid?*, Deventer: Gouda Quint 1996), waarvan Kwakman helaas geen gebruik heeft gemaakt (hoewel hij wél naar de bundel als geheel verwijst).

Samenvattend. Kwakman heeft een boek geschreven waarover academische discussie mogelijk is en het laatste woord nog niet is gezegd. Dat is grote verdienste. Hij betoont zich met zijn aanpak een heuse generalist en een waardig academisch onderzoeker. Zij die reeds meer van Kwakman hebben gehoord of gelezen zullen er met mij van overtuigd zijn dat het genoemde karige 'normatieve' aspect en de 'brede maatschappelijke achtergrond' niet in zijn bagage ontbreekt en dat hij een belangrijke rol in de strafrechtswetenschap zal kunnen spelen.